

Inhoud en werking van de overeenkomst in België en Nederland: een synthese

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2005). Inhoud en werking van de overeenkomst in België en Nederland: een synthese. In J. M. Smits, & S. Stijns (Eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* (pp. 1-19). Intersentia.

Document status and date:

Published: 01/01/2005

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

INHOUD EN WERKING VAN DE OVEREENKOMST IN BELGIË EN NEDERLAND: EEN OVERZICHT

1. Inleiding

Vergeleken met de totstandkoming van de overeenkomst¹ en de remedies van de contractspartijen,² zijn de inhoud en werking van de overeenkomst jegens derden in veel mindere mate rechtsvergelijkend bestudeerd. Met name over de inhoud van de overeenkomst bestaat – met uitzondering van de aspecten die verband houden met redelijkheid en billijkheid³ – weinig rechtsvergelijkend materiaal. Dat is niet in overeenstemming met het belang van de thematiek: bepaalbaarheid en geldigheid van de overeenkomst en interpretatie en aanvulling van de partijafpraak zijn maar enkele voorbeelden van belangrijke thema's die onder het kopje contractsinhoud kunnen worden gebracht. In de *Principles of European Contract Law* (PECL)⁴ zijn twee van de negen hoofdstukken gewijd aan resp. 'Interpretation' en 'Contents and ef-

* Verschenen in: Jan Smits & Sophie Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, Antwerpen-Groningen 2005* [Intersentia], pp. 1-19.

¹ Zie b.v. K. ZWIEGERT & H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed. translated by TONY WEIR, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 323 v.; R.B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of Contracts*, Dobbs Ferry, Oceana, 1968; M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002; J. GORDLEY (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; J. SMITS & S. STIJNS (red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, Antwerpen 2002*.

² Zie b.v. ZWIEGERT & KÖTZ, o.c., pp. 470 v.; G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract; A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press 1988; G. JONES & P. SCHLECHTRIEM, *Breach of Contract*, Tübingen, Mohr, 1999; J. SMITS & S. STIJNS (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen 2000.

³ Zie daarover b.v. M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999; R. ZIMMERMANN & S. WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

⁴ O. LANDO & H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000; O. LANDO, E. CLIVE et al. (eds.), *Principles of European Contract Law: Part III*, The Hague, Kluwer Law International, 2003.

fects.’ Ook de werking van de overeenkomst jegens derden kent in rechtsvergelijkend opzicht blinde vlekken.⁵

In dit boek worden enkele belangrijke thema’s rondom inhoud en werking van de overeenkomst in Belgisch-Nederlands perspectief geplaatst. Een dergelijk bijuraal perspectief is uiteraard beperkt, maar laat wel toe om een gedetailleerde beschrijving te geven van de onderwerpen die onder handen worden genomen. Het doel van deze bijdrage is om de thema’s die in dit boek aan de orde komen in te leiden en samen te vatten. Daarbij wordt steeds gepoogd om een bescheiden vergelijking te maken tussen beide rechtssystemen, uiteraard onder verwijzing naar de bijdragen waar de lezer een meer uitgebreide vergelijking kan vinden. Ook wordt het recht geplaatst in het licht van de PECL.⁶ Conform de volgorde van de vragen die zijn geschetst in het voorwoord wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan interpretatie, aanvulling en beperking van de partijafpraak en aan informatieplichten (par. 2), de beperkingen die openbare orde en grondrechten aan de contractsvrijheid stellen (par. 3), simulatie van rechtshandelingen (par. 4) en de thematiek van overeenkomst en derden (par. 5).

2. Interpretatie, aanvulling en beperking van de partijafpraak; informatieplichten

2.1. Interpretatie, aanvulling en beperking van de partijafpraak

In rechtsvergelijkend perspectief worden doorgaans twee wijzen van contractsuitleg onderscheiden. De eerste (subjectieve) methode richt zich bij de uitleg op het vaststellen van de (gemeenschappelijke) bedoeling van partijen bij de overeenkomst. De tekst van de overeenkomst is daarbij slechts een hulpmiddel om te bepalen wat partijen ‘eigenlijk’ hebben bedoeld; zodra blijkt dat zij iets anders bedoelden dan de tekst suggereert, heeft de partijbedoeling voorrang. De andere (objectieve) methode legt daarentegen de nadruk op de tekst van de overeenkomst: de woorden van het contract hebben het primaat boven de partijbedoeling. Deze interpretatie naar de ‘plain meaning’ is de traditionele uitlegmethode in het Engelse recht terwijl de subjectieve methode wordt gehanteerd in *civil law*-landen.⁷ In haar bijdrage aan deze bundel laat Nicole Kornet goed zien wat de grondslag is voor beide benaderingen en hoe zij elkaar in de praktijk dicht naderen.

Er is geen twijfel aan dat België en Nederland zich beide aan één zijde van het zojuist geschetste spectrum bevinden: in beide landen wordt een subjectieve uitlegmethode gehanteerd, zij het gecorrigeerd door de vertrouwensleer: voor zover de intentie van de wederpartij niet kenbaar was, geldt wat een redelijke contractspartij *mocht verwachten* dat de overeenkomst zou betekenen. Naar Belgisch recht is

⁵ Zie over overeenkomst en derden b.v. M. FONTAINE & J. GHESTIN (eds.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, Paris, L.G.D.J. 1992; H. KÖTZ, *European Contract Law*, Oxford, Clarendon Press 1997, pp. 217 v.; C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, Deventer, Kluwer, 1999.

⁶ Voor een artikelsgewijze vergelijking tussen de PECL en Nederlands recht: D. BUSCH *et al.* (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.

⁷ Vgl. ZWIEGERT & KÖTZ, *o.c.*, p. 400 v.

immers het uitgangspunt dat de uitleg van de overeenkomst dient te geschieden naar de gemeenschappelijke bedoeling van partijen (Art. 1156 B.B.W.), maar dat deze moet worden opgevat in objectieve zin: de bedoeling zoals de wederpartij die mocht begrijpen, is bepalend. Uiteindelijk is daarmee, onder het mom van zoeken naar de gemeenschappelijke partijbedoeling, toch essentieel 'de zin die redelijkerwijze aan de wederzijds afgelegde verklaringen, gelet op de omringende omstandigheden, mag worden toegekend'.⁸ Daarmee staat Belgisch recht zeer dicht bij de in Nederland voor uitleg van schriftelijke contracten gehanteerde Haviltex-regel,⁹ die inhoudt dat het bij de uitleg van een schriftelijk beding aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Intussen is er een tendens in Nederland om het belang van de Haviltex-regel te relativeren: een meer objectieve (tekstuele) uitleg is aangewezen bij CAO's¹⁰ en enkele andere documenten (zoals trustakten en pensioenreglementen) omdat de personen voor wie zij gelden doorgaans niet direct betrokken waren bij de totstandkoming van de overeenkomst. De Hoge Raad heeft de meer tekstuele en de 'Haviltex-uitleg' inmiddels zelfs op een glijdende schaal geplaatst, zodat afhankelijk van het concrete geval meer subjectief of meer objectief kan worden uitgelegd.¹¹

Het Belgische wetboek kent nog altijd specifieke regels voor uitleg van contracten. De Artikelen 1156-1164 B.B.W. (de Artt. 1378-1382 van het oude Nederlandse B.W. van 1838) bevatten de traditionele uitlegeregels. Bij de hercodificatie in Nederland werden die regels beschouwd als overbodig of als te algemeen om een plaats te vinden in het nieuwe wetboek.¹² Interessant is dat de contra proferentem-regel (Art. 1162 B.B.W.) door het Belgische Hof van Cassatie lijkt te zijn gerelativeerd,¹³ terwijl deze in Nederland slechts een *gezichtspunt* is waarvan de rechter zelf mag bepalen in hoeverre hij er gebruik van wenst te maken.¹⁴ Bij consumentenkoop geldt de contra proferentem-regel onverkort dankzij de Europese richtlijn 1999/44.

Belgisch en Nederlands recht passen hiermee goed bij de uitlegeregels die in de PECL zijn opgenomen. Artikel 5:101 PECL neemt immers ook als uitgangspunt dat de partijbedoeling moet worden vastgesteld, maar voegt daar aan toe dat bij geschil over wat deze inhoudt, de overeenkomst moet worden geïnterpreteerd 'according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.' Naast deze hoofdregel van objectieve uitleg kent de PECL specifieke regels, waaronder ook de contra proferentem-regel (Art. 5:103).

⁸ Vgl. W. VAN GERVEN & SOFIE COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven/Leusden, Acco, 2001, pp. 55 en 57 en F. VERMANDER in haar bijdrage aan dit boek, no. 23.

⁹ HR 13 maart 1981, *N.J.* 1981, 635 (*Haviltex*).

¹⁰ Zie onder meer HR 17 september 1993, *N.J.* 1994, 173 (*Gerritse/HAS*) en de bijdrage van KORNET voor verdere verwijzingen.

¹¹ HR 20 februari 2004, *R.v.d.W.* 2004, 34 (Fox), waarover M.H. WISSINK, 'Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', *W.P.N.R.* 6579, 2004, pp. 407 v.

¹² C.J. VAN ZEBEN & J.W. DU PON (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, Deventer, Kluwer, 1981, p. 916.

¹³ Zie VERMANDER, no. 18.

¹⁴ B.v. HR 18 oktober 2002, *N.J.* 2003, 258 (*Pieterse/Nationale Nederlanden*).

Aanvulling van de partijafpraak geschiedt in België en Nederland aan de hand van identieke bronnen: Artikelen 1135 B.B.W. en 6:248 lid 1 N.B.W. verwijzen beide naar wet, gewoonte en (redelijkheid en) billijkheid. Flavie Vermander wijst er in haar bijdrage terecht op dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (zoals ook de interpretatie te goeder trouw en de beperkende werking) in *civil law*-landen zijn doctrinaire grondslag vindt in Demogue's gedachte van het contract als een 'microkosmos', waarin de contractanten rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.¹⁵ Die gedachte doortrekt het gehele contractenrecht in zowel België als Nederland. Zij leidt tot informatieplichten, samenwerkingsplichten, klachtplichten en vele andere typen verplichtingen en *Obliegenheiten* die vaak pas in het concrete geval kunnen worden geïdentificeerd omdat zij direct afhangen van wat *deze* partijen in *dit* geval van elkaar mogen verwachten.

Een belangwekkende vraag is vervolgens hoe in *common law*-stelsels wordt omgegaan met aanvulling van de partijafpraak. Rechtsvergelijking leert dat ook het Engelse recht een soms vergaande aanvulling van de partijafpraak door de rechter kent. Die kan echter niet gebaseerd zijn op de gedachte dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen omdat een dergelijk vergaand beginsel in het Engelse recht ontbreekt.¹⁶ In het Engelse recht worden *terms implied in law* (vergelijkbaar met de aanvullende werking van de wet: met name de Sale of Goods Act 1979 kent veel aanvullend recht) en *terms implied in fact* (vergelijkbaar met de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid) onderscheiden. In haar bijdrage vraagt Kornet zich af welk criterium in het Engelse recht wordt gehanteerd om vast te stellen of aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid nodig is. Dat is een belangrijke vraag die naar Nederland en Belgisch recht weinig wordt gesteld. Kornet stelt terecht dat de rechter hier meer coherent te werk zou moeten gaan: *of* een overeenkomst moet worden aangevuld en *op welke wijze* dat moet geschieden, dient te zijn onderworpen aan concretere maatstaven dan enkel dat dit 'redelijk' of 'noodzakelijk' is of dat redelijkheid en billijkheid dit met zich brengen. Artikel 6:102 PECL biedt in dit verband weinig meer dan veel nationale stelsels door de partijbedoeling, aard en strekking van de overeenkomst en redelijkheid en billijkheid als bron van aanvullend recht te noemen.

Een bekende vraag is wat de verhouding is tussen interpretatie en aanvulling van de overeenkomst. In de doctrine zijn twee standpunten ingenomen. Het eerste luidt dat beide bezigheden van elkaar moeten worden gescheiden of op zijn minst *onderscheiden*: interpretatie begint waar aanvulling ophoudt. Volgens het andere standpunt is uitleg altijd normatief (in Belgische terminologie: altijd 'te goeder trouw') en is het daarom kunstmatig om te scheiden tussen uitleg en aanvulling (of beperking). Uit de bijdrage van Vermander blijkt dat voor beide standpunten in zowel België als Nederland voorstanders zijn te vinden. Tegelijkertijd is de heersende opvatting in beide landen dat een onderscheid tussen interpretatie van de partijafpraak en aanvulling op grond van daaraan 'externe' bronnen nuttig is.¹⁷

Ten aanzien van de beperkende werking van de (redelijkheid en) billijkheid bestaat meer verschil tussen Belgisch en Nederlands recht. In beide landen wordt

¹⁵ VERMANDER, no. 34.

¹⁶ Vgl. b.v. *Walford v. Miles*, [1992] 1 All ER 453.

¹⁷ Vgl. het onderscheid tussen Artikel 5:101 en Artikel 6:102 PECL.

deze functie erkend, maar langs verschillende weg. De Hoge Raad erkende in het befaamde arrest *Saladin/HBU*¹⁸ dat het in strijd kan komen met redelijkheid en billijkheid om een beroep te doen op een overeengekomen beding, maar dat de vraag óf dit het geval is afhangt van diverse factoren. Relevant zijn onder meer de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand kwam en bij een exonerationbeding de mate waarin de exonerant een verwijt kan worden gemaakt van het veroorzaken van de schade. Deze *topische*¹⁹ benadering is gebruikelijk in de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad. Overigens zijn deze factoren niet neergelegd in Artikel 6:248 lid 2 N.B.W., waarin in 1992 de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid werd gecodificeerd. Het Belgische Hof van Cassatie heeft de beperkende werking in 1983 aanvaard,²⁰ maar op het voetspoor van het Franse recht gekwalificeerd als een geval van *rechtsmisbruik*. In haar bijdrage aan deze bundel schetst Sophie Stijns de ontwikkeling in de Belgische rechtspraak. Opvallend is dat in België de beperkende (matigende) functie van de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) als zodanig geheel opgaat in het rechtsmisbruik, dus geen autonome betekenis heeft. Ook naar Belgisch recht is de vraag of misbruik wordt gemaakt van een contractuele bevoegdheid afhankelijk van een weging van factoren, waarbij de beginselen van evenredigheid en proportionaliteit een explicieter rol lijken te spelen dan in Nederland. Ten aanzien van de sanctie lijkt het Belgische recht recent de Nederlandse benadering van Artikel 6:248 lid 2 N.B.W. te hebben overgenomen door aan te nemen dat een contractueel recht blijft bestaan, maar de wijze van uitoefening er van in de gegeven omstandigheden zo onredelijk kan zijn dat dit misbruik van recht oplevert.²¹ Overigens kent de tekst van art. 1:201 PECL geen expliciete erkenning van de matigende (beperkende) werking van redelijkheid en billijkheid; uit de in de toelichting gegeven voorbeelden blijkt echter dat deze toch moet worden ingelezen in het artikel.²²

Een vraag die in de bijdragen van Vermader en Kornet niet wordt behandeld, is wat precies de rol is van de aanvullende werking van de wet. Martijn Hesselink bespreekt in zijn bijdrage de betekenis van dit aanvullend contractenrecht, met name in het licht van de unificatie van privaatrecht in Europa. Hij stelt terecht de vraag wat het bestaansrecht is van aanvullend contractenrecht en hoe dit zich verhoudt tot de contractsvrijheid. Er blijken goede redenen te bestaan voor het opstellen van regels die de partijafpraak aanvullen, maar hoe die regels precies moeten luiden is lastiger te bepalen. Toch is van groot belang wat de inhoud van die regels is: in de praktijk zijn (zwakkere) partijen immers vaak niet in staat om af te wijken van een regel van aanvullend contractenrecht zodat deze 'de facto dwingend' is.²³ Praktisch is de vraag vooral belangrijk voor de Europese wetgever: indien deze een 'gemeenschappelijk referentiekader' maakt dat als basis kan dienen voor een optio-

¹⁸ HR 19 mei 1967, *N.J.* 1967, 261 (*Saladin/HBU*).

¹⁹ Vgl. J.H. NIEUWENHUIS, *Confrontatie en compromis*, Deventer, Kluwer, 1992, pp. 109 v.

²⁰ Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52. Zie voor details de bijdrage van STIJNS en die van VERMANDER, no. 32.

²¹ Zie de bijdrage van STIJNS, par. 4.2.3.

²² LANDO & BEALE, *o.c.*, Comments bij art. 1:201 (pp. 113 v.).

²³ Aldus HESSELINK in zijn bijdrage.

neel Europees contractenwetboek,²⁴ is immers hoogst relevant wat voor soort aanvullende regels daarin worden opgenomen. Voor Hesselink is dit een politieke vraag: aanvullend recht moet in overeenstemming zijn met wat de wetgever beschouwt als een rechtvaardige contractuele verhouding en dus worden vastgesteld op democratische wijze.

2.2. Informatieplichten en hun gevolgen

Een belangrijk aspect van aanvulling van de partijafsprake betreft de zogenaamde informatieplichten van contractspartijen en de gevolgen die moeten worden verbonden aan het schenden van zo een plicht. In hoeverre dient de wederpartij te worden geïnformeerd over voor die partij wellicht essentiële kenmerken van het object van de overeenkomst of over bijkomende verplichtingen? Op nationaal niveau is hierover veel geschreven.²⁵ De vraag is zowel van belang in het kader van de mogelijkheid van aantasting van de overeenkomst op grond van dwaling (Art. 6:228 N.B.W. en Art. 1110 B.B.W.) als in het kader van de niet-nakoming van de overeenkomst (Artt. 6:74 en 6:265 N.B.W. en Artt. 1146 v. en 1184 B.B.W.): ook de vraag wat men op grond van de overeenkomst mag verwachten, wordt immers bepaald door (het niet doen van) mededelingen door de wederpartij, bijvoorbeeld omdat bij gebreke van een mededeling de normale eigenschappen van een zaak mogen worden verwacht. De Nederlandse Hoge Raad laat de vraag wanneer precies een mededelingsplicht bestaat afhangen van alle omstandigheden van het geval.²⁶ Gezichtspunten van belang zijn onder meer de over en weer bestaande kenbare deskundigheid van partijen, de verhouding tussen partijen, het object van de overeenkomst, de kosten van het inwinnen van informatie door de wederpartij en het onderzoek dat van de dwalende mag worden verwacht.²⁷ In België worden veelal dezelfde factoren bepalend geacht.²⁸

Veel minder werd tot nu toe geschreven over de informatieplichten die voortvloeien uit EG-wetgeving. Robert Hardy laat zien dat deze plichten op velerlei soor-

²⁴ Zie *Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen*, COM(2004) 651 def., waarover J.M. SMITS, R.R.R. HARDY & N. KORNET, 'Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht', *W.P.N.R.* 6603, 2004, pp. 1001 v.

²⁵ Zie naar Nederlands recht b.v. J.B.M. VRANKEN, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1989; J.M. BARENDRECHT & E.J.A.M. VAN DEN AKKER, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer, Kluwer, 1999; J.M. SMITS, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer, Kluwer, 1999, pp. 62 v.; naar Belgisch recht b.v. A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000; rechtsvergelijkend b.v. A. PINNA, *The obligations to inform and to advise*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003; R. SEFTON-GREEN, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2004; M.M. VAN ROSSUM, 'Mededelingsplichten bij totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten in Nederlands en Belgisch perspectief', in: J.M. SMITS & S. STIJNS (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, o.c., pp. 271 v.

²⁶ Zie b.v. HR 10 april 1998, *N.J.* 1998, 666 (*Offringa/Vinck*).

²⁷ Zie de in noot 25 genoemde literatuur en voor een overzicht ASSER-HARTKAMP 4-II: *Algemene leer der overeenkomsten*, 11de dr., Deventer, Kluwer, 2001, no. 186.

²⁸ Vgl. DE BOECK, o.c. en VAN ROSSUM, o.c., pp. 283 v.

ten informatie kunnen zien, maar toch vaak handelen over bijkomende voorwaarden of over aan de consument toekomende rechten. Wat opvalt, is dat in EG-wetgeving sancties op het niet voldoen aan de informatieplicht vaak ontbreken. De belangrijkste sanctie die wél in de richtlijnen voorkomt, is een verlenging van de herroepingstermijn. Voor zover de EG-wetgeving die sanctie niet geeft, leidt dat tot divergerende sancties in de diverse lidstaten. Dit probleem zou kunnen worden opgelost door het vervaardigen van het al genoemde ‘gemeenschappelijk referentiekader’, maar Hardy vraagt terecht aandacht voor de pregnante vraag hoe een uniformering via zo een GRK zou moeten plaatsvinden. Het gaat immers grotendeels om (rechts)politieke vragen over gewenst recht.²⁹ Tegen Brigitta Lurger³⁰ stelt Hardy op rechtseconomische gronden dat informatieplichten beperkt moeten blijven tot consumentenovereenkomsten. Overigens geldt dat de discussie over *wat voor soort* informatieplichten *wanneer* moeten worden opgelegd aan *wat voor soort* partijen vooraf moet gaan aan het opstellen van regels van Europees privaatrecht. In dit opzicht zijn de PECL (die verschillende informatieplichten kennen) te vroeg geformuleerd. Bovendien ontbreekt in de PECL ook een systematische regeling van de sanctie die staat op het schenden van (Europese) informatieplichten. Juist een *soft law*-instrument als de PECL zou een dergelijke regeling moeten bevatten.

In Nederland is naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad recent discussie ontstaan over de sanctie op schending van de mededelingsplicht bij dwaling en niet-nakoming. De heersende visie was altijd dat wanneer een partij mededelingen heeft gedaan waar de wederpartij op mag vertrouwen, maar die mededelingen blijken onjuist, die wederpartij in beginsel de keuze heeft tussen een beroep op dwaling en een beroep op niet-nakoming. In het arrest *Paalman/Lampenier*³¹ heeft de Hoge Raad echter iets anders aangenomen in geval van een overeenkomst van franchising. In de bijdrage van Carlos Bollen wordt hier nader op ingegaan.

3. Toetsing van de overeenkomst aan wet, openbare orde en goede zeden; de betekenis van grondrechten

Een universeel juridisch probleem betreft het conflict tussen partijautonomie enerzijds en dwingende wet en fundamentele beginselen van de rechtsorde anderzijds. Elk rechtstelsel erkent dat de contractsvrijheid haar grens vindt in de dwingende wet en regels van openbare orde en publieke moraal. In de PECL is dan ook bepaald dat een overeenkomst geen effect heeft voor zover deze in strijd is met ‘principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union’ (Art. 15:101) en bovendien zonder effect *kan* worden verklaard als de overeenkomst in strijd is met een regel van dwingend recht (Art. 15:102). Hiermee wordt terecht tot uitdrukking gebracht dat een overeenkomst weliswaar in strijd kan zijn met een wettelijke bepaling, maar dat dit nog niet betekent dat deze ook nietig moet zijn. Dat hangt af van diverse factoren die in Artikel 15:102 lid 3 PECL worden op-

²⁹ Zie ook STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, ‘Social Justice in European Contract Law: A Manifesto’, 10 *European Law Journal*, 2004, pp. 653 v.

³⁰ B. LURGER, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wien, Springer, 2002. Zie ook R. HARDY & N. KORNET, ‘Review’, 11 *MJ*, 2001, pp. 201 v.

³¹ HR 25 januari 2002, *N.J.* 2003, 31 (*Paalman/Lampenier*).

gesomd (zoals de strekking van de geschonden bepaling en de ernst van de inbreuk). Het was de uitdrukkelijke bedoeling van de ontwerpers van deze bepalingen om nationale terminologie (met name de termen goede zeden en openbare orde) te vermijden.³² Een belangrijke vraag is overigens of de PECL nu verwijzen naar fundamentele beginselen die in *alle* landen van de EU worden erkend (de gemeenschappelijke beginselen) of naar beginselen die in *elk* dezer landen worden erkend (het geheel der nationale beginselen). In het tweede geval kunnen de beginselen dus per land uiteenlopen. Hoewel de toelichting bij de PECL hier geen expliciet uitsluitel over geeft,³³ ligt het voor de hand dat in de PECL de eerste opvatting is omarmd.

De benadering van de PECL lijkt op die van het Nederlands B.W. In Artikel 3:40³⁴ wordt eveneens een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de wet (waarbij schending van de wet niet automatisch leidt tot nietigheid) en anderzijds de goede zeden en openbare orde, de schending waarvan in beginsel wél leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Het Nederlandse systeem wordt algemeen als ingewikkeld ervaren omdat, behalve de tweedeling in wet enerzijds en openbare orde en goede zeden anderzijds, nog een driedeling wordt gemaakt in totstandkoming, inhoud en strekking van de overeenkomst. Naar Belgisch recht, zoals in alle rechtsstelsels gebaseerd op de Code Napoleon, vindt de toetsing aan de openbare orde plaats in het kader van de vraag of de overeenkomst al dan niet een ongeoorloofde oorzaak heeft (Artt. 1131 en 1133 B.B.W.). Blijkens Artikel 1133 is dat het geval als de oorzaak door wet verboden is of in strijd komt met goede zeden of openbare orde. Artikel 6 B.B.W. bevestigt dat een overeenkomst geen afbreuk kan doen aan wetgeving inzake openbare orde en goede zeden.³⁵ Ondanks deze wetgevingstechnische verschillen lijken beide stelsels dezelfde regels als de PECL te aanvaarden: strijd met de wet leidt soms tot nietigheid, strijd met openbare orde en goede zeden in beginsel altijd.³⁶ In haar bijdrage gaat Julie De Coninck ook in op de naar Belgisch recht lastige verhouding tussen geoorloofdheid van de oorzaak en geoorloofdheid van het voorwerp, een thema dat in Nederland geen rol meer speelt sinds de invoering van het nieuw B.W.

In de privaatrechtelijke dogmatiek van de nationale rechtsstelsels worden aan de problematiek van overeenkomsten in strijd met wet en openbare orde en goede zeden doorgaans twee aspecten onderscheiden. Het eerste betreft de vraag wat de

³² Comment B bij Artikel 15:101 PECL. Ook is vermeden de nationale terminologie inzake de *gevolgen* van een overeenkomst in strijd met fundamentele beginselen te gebruiken nu de bepaling rept van 'is of no effect'.

³³ Tenzij men dit afleidt uit Comment B bij Artikel 15:101, waar het heet dat 'merely national concepts as such have no effect upon contracts governed by the Principles'.

³⁴ Over Artikel 3:40 ASSER-HARTKAMP 4-II, *o.c.*, no. 242 v.; A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, JAC. HIJMA & W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, 3de dr., Deventer, Kluwer, 2001, no. 146 v.; V. VAN DEN BRINK, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, alwaar opgave van verdere literatuur. Een overzicht van literatuur en rechtspraak over Artikel 3:40 biedt de losbladige *Vermogensrecht*, Artikel 3:40 (H.J. VAN KOOTEN).

³⁵ Zie voor het verschil tussen beide bepalingen de bijdrage van JULIE DE CONINCK aan deze bundel, no. 9.

³⁶ Doch niet steeds. Vgl. b.v. DE CONINCK, no. 52.

rechtsgevolgen zijn van een op één van deze gronden nietige overeenkomst, het tweede betreft de vraag *wat* precies moet worden verstaan onder openbare orde en goede zeden. De beschouwingen van De Coninck ten aanzien van het eerste aspect³⁷ vinden hun evenknie in een uitgebreide literatuur in Nederland.³⁸ De vraag wat te verstaan onder openbare orde en goede zeden wordt in België en Nederland op gelijke wijze beantwoord. Zowel naar Belgisch als Nederlands recht hebben deze begrippen een ‘open’ karakter:³⁹ de definities die er aan worden gegeven bieden weinig houvast in het concrete geval. In België werd de definitie van De Page in 1948 overgenomen door het Hof van Cassatie. In die definitie worden de goede zeden als een subcategorie van de openbare orde beschouwd en betreft dat laatste begrip ‘de juridische grondslagen (...) van de ethische, politieke, economische, sociale (...) maatschappelijke orde’.⁴⁰ De Nederlandse Hoge Raad heeft beide begrippen niet nader gedefinieerd, maar naar algemene opvatting omvat de openbare orde het geheel van fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie en verwijst het begrip goede zeden naar algemeen gedeelde ongeschreven normen van moraliteit.⁴¹ Het is vervolgens aan de rechter overgelaten om er een nadere invulling aan te geven. Naar algemeen oordeel zijn uiteindelijk de omstandigheden van het geval bepalend.⁴² Hoogstens kan een opsomming van gevalssituaties plaatsvinden.⁴³

In het verlengde van de thematiek van de toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde ligt een fenomeen waar recent door verschillende auteurs aandacht voor is gevraagd.⁴⁴ Het betreft de invloed van grondrechten op het contractenrecht. Het gaat vooral om de vraag in hoeverre grondrechten ook in horizontale verhoudingen (tussen burgers onderling) een rol moeten spelen. Daarvóór pleit dat het waardesysteem dat ten grondslag ligt aan grondrechten (van oudsher afweerrechten van de burger tegen de Staat) soms ook de norm in private verhoudingen moet bepalen. Maar privaatrechtelijke normen *zijn* al in hoge mate uiting van datzelfde waardesysteem. Het zou daarom weinig vruchtbaar zijn om genuanceerde privaatrechtelijke afwegingen te vervangen door een rechtstreekse toetsing aan grondrechten. In haar bijdrage aan deze bundel stelt Olha Cherednychenko dan ook terecht de vraag of er constitutionele waarden zijn die thans nog niet afdoende in privaatrechtelijke normen zijn neergelegd en daarom een direct beroep op grondrechten rechtvaardigen. In haar visie zou introductie van grondrechten kunnen

³⁷ DE CONINCK, no. 59 v., alwaar verdere literatuurverwijzingen.

³⁸ Zie bijv. ASSER-HARTKAMP 4-II, *o.c.*, no. 456 v. en JAC. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988.

³⁹ Zie de bijdrage van DE CONINCK, no. 2 en ASSER-HARTKAMP 4-II, *o.c.*, no. 256.

⁴⁰ Cass. 9 december 1948, *R.C.J.B.* 1954, p. 251; vgl. DE CONINCK, no. 4.

⁴¹ Vgl. ASSER-HARTKAMP 4-II, *o.c.*, no. 272 en 256.

⁴² Aldus b.v. ASSER-HARTKAMP 4-II, *o.c.*, nr. 257 en BLOEMBERGEN, VAN DAM, HIJMA & VALK, *o.c.*, p. 178. Zie ook VAN DEN BRINK, *o.c.*, p. 123.

⁴³ Zie VAN DEN BRINK, *o.c.*, pp. 80 v. In Comment B bij Artikel 15:101 PECL is de benadering dat diverse bronnen van fundamentele beginselen worden genoemd.

⁴⁴ Grondlegend C.-W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin, De Gruyter, 1999; zie voorts D. FRIEDMANN & D. BARAK-EREZ (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, J.M. SMITS, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2003 en S.D. LINDENBERGH, ‘Constitutionalisering van contractenrecht’, *W.P.N.R.* 6602, 2004, pp. 977 v.

worden gerechtvaardigd door de wens de zwakkere partij te beschermen, maar bestaat daar in de door haar besproken gevallen van particuliere borgtocht geen reden voor. De beroemde *Bürgschaft*-zaak⁴⁵ waarin de Duitse constitutionele rechter tot zijn oordeel kwam op grond van Artikel 1 van de Duitse grondwet, vindt zijn privaatrechtelijke pendant in het Nederlandse arrest *Van Lanschot/Bink*⁴⁶ en in de Engelse zaak *Barclays' Bank v. O'Brien*,⁴⁷ waarin in beide gevallen meer privaatrechtelijk werd geredeneerd aan de hand van de mededelingsplicht van de bank. De privaatrechtelijke afweging verdient in die gevallen de voorkeur boven een afweging aan de hand van grondrechten, zo betoogt Cherednychenko. Daarmee neemt zij stelling in het debat.

Het is intussen weinig verrassend dat de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen juist in landen met een grondwettelijk hof (zoals België en Duitsland) meer expliciet aan de oppervlakte treedt. In België heeft het Arbitragehof het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel onder meer toegepast op de verjaring van rechtsvorderingen. Ten aanzien van verschillende verjaringstermijnen is door het hof aangenomen dat zij ten onrechte bepaalde personen ongelijk behandelen.⁴⁸

Overigens kunnen grondrechten niet enkel als bescherming van de zwakkere partij worden gebruikt. Het waardesysteem dat aan grondrechten ten grondslag ligt kan ook met zich brengen dat juist de contractsvrijheid moet worden gewaarborgd tegen grondrechten als de vrijheid van meningsuiting of godsdienstvrijheid. De vraag hoe dit conflict tussen contractsvrijheid en grondrechten op te lossen staat nog in de kinderschoenen. In België is hierover een grondleggende studie voorhanden van de hand van Dirix.⁴⁹ Van groot belang is ook de oplossing die Van Gerven aandraagt: de door een contractspartij ten nadele van de wederpartij bedongen inbreuk op een grondrecht is gerechtvaardigd indien dit in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel: de inbreuk op het grondrecht van de een mag in geen geval buiten verhouding staan tot het ermee behaalde voordeel van de ander.⁵⁰ In de rechtspraak van het Arbitragehof speelt deze evenredigheidstoets een belangrijke rol.

4. Simulatie van rechtshandelingen

Twee bijdragen aan deze bundel behandelen de simulatie (schijnhandeling, veinzing). Onder simulatie wordt doorgaans beschouwd het geval waarin partijen jegens derden de schijn wekken een bepaalde overeenkomst te hebben gesloten hoewel ze in werkelijkheid hebben afgesproken dat deze overeenkomst tussen hen niet zal gelden.⁵¹ Een dergelijke gesimuleerde overeenkomst (of andere rechtshandeling) is op zichzelf geldig, maar kan uiteraard aantastbaar zijn op grond van Arti-

⁴⁵ Bundesverfassungsgericht 10 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 214 (*Bürgschaft*).

⁴⁶ HR 1 juni 1990, *N.J.* 1991, 759 (*Van Lanschot/Bink*).

⁴⁷ [1994] A.C. 180.

⁴⁸ Zie voor details SMITS, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, o.c., no. 59 v.

⁴⁹ E. DIRIX, 'Grondrechten en overeenkomsten', in: K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, pp. 35 v.

⁵⁰ Vgl. VAN GERVEN & COVEMAEKER, o.c., p. 54.

⁵¹ Zie de bijdrage van SAMOY, par. 2.2 en Asser-Hartkamp 4-II, o.c., no. 125.

kelen 1131 en 1133 B.B.W. of Artikel 3:40 N.B.W. Ilse Samoy bespreekt in haar bijdrage aan dit boek de gevolgen van gesimuleerde rechtshandelingen. Die lopen naar Belgisch en Nederlands recht niet ver uiteen. Tussen de simulerende partijen geldt de verborgen overeenkomst, terwijl deze jegens derden uiteraard niet kan worden ingeroepen. Op de openlijke overeenkomst, waarvan derden te goeder trouw menen dat dit de overeenkomst is die werkelijk door partijen werd gesloten, kan door deze derden uiteraard wel een beroep worden gedaan. Dat is in zowel België als Nederland een toepassing van de vertrouwensleer, zij het dat de eisen voor deze vertrouwensbescherming in Nederland (Art. 3:36 N.B.W.) precies vaststaan, terwijl daarover in België meer twijfel bestaat.

H.C.F. Schoordijk laat in zijn bijdrage goed zien hoe simulatie naar Nederlands recht niet als afzonderlijk leerstuk, maar vooral als een gewone toepassing van de vertrouwensbescherming moet worden beschouwd. Schoordijks schets van de geschiedenis van de derdenbescherming maakt duidelijk dat Frans en Belgisch recht enerzijds en Nederlands recht anderzijds een verschillende gang zijn gegaan. Dankzij de grote aandacht in de Nederlandse literatuur vanaf het einde van de negentiende eeuw voor het leerstuk van de derdenbescherming zijn aparte beschouwingen over simulatie grotendeels uitgebleven.

Naar Belgisch recht wordt ook de 'naamlening' ('prête-nom') als een toepassing van de simulatieler beschouwd. In geval van naamlening sluit de naamlener een overeenkomst met een derde waarbij voor de derde verborgen wordt gehouden dat de naamlener handelt voor rekening van een opdrachtgever. Samoy maakt in haar bijdrage een zinvol onderscheid in twee typen van naamlening die elk worden beheerst door hun eigen gevolgen. Eén van die typen blijft simulatie heten en betreft het geval waarin een naamlener zich voordoet als partij bij een overeenkomst hoewel *in werkelijkheid* een andere persoon partij wordt (bijvoorbeeld om te vermijden dat de wederpartij een hogere prijs zal vragen). Het andere type betreft een geval van middellijke vertegenwoordiging: de naamlener zelf wordt gebonden.⁵² Voor Schoordijk zijn beide gevallen echter toepassingen van middellijke vertegenwoordiging: 'de prête-nom gaat geheel op in het leerstuk van de (middellijke) vertegenwoordiging en voegt daar geen enkele dimensie aan toe'.

Hoewel het praktisch belang van simulatie gering is, biedt het leerstuk wel een voorbeeld van sterk divergerende oplossingen in Europa. Dat wordt goed geïllustreerd door de PECL. De PECL regelt enkel de gevolgen van simulatie voor de verhouding tussen partijen: tussen hen prevaleert de werkelijke overeenkomst (Art. 6:103 PECL). De gevolgen van simulatie jegens derden worden bewust niet behandeld omdat de nationale oplossingen te zeer van elkaar verschillen.⁵³ Niet alleen verschillen de Belgische en Nederlandse oplossing op detailniveau, Engels recht kent de simulatie als zodanig niet en Duits recht verklaart de gesimuleerde overeenkomst nietig.

⁵² SAMOY, par. 3.2.3.2.3.

⁵³ Comment C bij Artikel 6:103 PECL.

5. Overeenkomst en derden

5.1. Algemeen

Artikel 1165 B.B.W. stelt onomwonden: ‘overeenkomsten brengen alleen gevolgen teweeg tussen de contracterende partijen (...)’ Dit ‘res inter alios acta’ is zonder twijfel een beginsel van Europees contractenrecht:⁵⁴ derden behoeven een door anderen gesloten overeenkomst niet na te komen en zij kunnen evenmin de nakoming van die overeenkomst door één der partijen vorderen. Anders gezegd: een overeenkomst kan aan derden voordeel noch nadeel toebrengen. In het Nederlands B.W. is het beginsel niet als zodanig neergelegd, hoewel het indirect kan worden afgeleid uit Artikels 6:248 e.v. N.B.W. De wetgever van 1992 achtte hercodificatie onder meer niet gewenst om nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak niet de pas af te snijden.⁵⁵ Evenmin is het beginsel neergelegd in de PECL, zij het dat met de erkenning van een *uitzondering* het beginsel indirect is aanvaard.⁵⁶ Op het beginsel bestaan overigens meerdere uitzonderingen,⁵⁷ waarvan er in dit boek enkele aan de orde komen. Patrick Wéry gaat in zijn bijdrage in op de rechtstreekse vordering (*action directe*) en de zijdelingse vordering (*action oblique*). Vincent Sagaert bespreekt de kwalitatieve verbintenissen en Iris Vervoort en Gijs van Dijk behandelen de actio Pauliana. Buiten beschouwing blijven het derdenbeding (Art. 1121 B.B.W.,⁵⁸ Art. 6:253 N.B.W.⁵⁹ en Art. 6:110 PECL) en de regeling van de verweermiddelen (in Nederland onder meer Art. 6:145 N.B.W. en Art. 6:257 N.B.W.). Wel wordt enige aandacht besteed aan de problematiek van de samenhangende rechtsverhoudingen (Ignace Claeys). Ten slotte komen ook bindend advies en bindende partijbeslissing aan de orde: dit zijn geen werkelijke uitzonderingen op het beginsel dat de overeenkomst alleen werkt tussen partijen, maar deze rechtsfiguren worden er wel door gekenmerkt dat (een deel van) de contractsinhoud wordt bepaald door anderen dan beide partijen gezamenlijk.

5.2. Zijdelingse en rechtstreekse vordering

De in België uit het Franse recht overgenomen rechtstreekse en zijdelingse vorderingen worden uitgebreid besproken door Wéry. De zijdelingse vordering is neergelegd in Artikel 1166 B.B.W., dat luidt: ‘Niettemin kunnen de schuldeisers alle rechten en vorderingen van hun schuldenaar uitoefenen, met uitzondering van die welke uitsluitend aan de persoon verbonden zijn.’ Deze ‘substitutie’ van de schuldenaar door de schuldeiser vereist dat de schuldenaar stilzit (dus zijn rechten jegens anderen niet uitoefent), zodat diens schuldeiser de vrees heeft te worden benadeeld.

⁵⁴ Vgl. KÖTZ, *o.c.*, p. 245.

⁵⁵ VAN ZEBEN & DU PON (red.), *o.c.*, pp. 916 v.

⁵⁶ Zie Artikel 6:110 PECL (stipulation in favour of a third party).

⁵⁷ Zie ASSER-HARTKAMP 4-II, *o.c.*, no. 384, DU PERRON, *o.c.*, VAN GERVEN & COVEMAEKER, *o.c.*, pp. 137 v. en E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 1984.

⁵⁸ Zie VAN GERVEN & COVEMAEKER, *o.c.*, pp. 146 v.

⁵⁹ Zie ASSER-HARTKAMP 4-II, *o.c.*, no. 416 v.

De zijdelingse vordering betekent dat de schuldeiser de debiteur vertegenwoordigt en dus geen eigen recht uitoefent.⁶⁰ Wéry legt uit dat de praktische betekenis van Artikel 1166 B.B.W. gering is omdat de schuldeiser doorgaans meer effectieve middelen tot zijn beschikking heeft (met name het derdenbeslag). Het Nederlandse recht kent de zijdelingse vordering niet: de schuldeiser kan de rechten van zijn debiteur niet zelf uitoefenen, maar zal in voorkomende gevallen derdenbeslag moeten leggen. In recente rechtspraak van de Hoge Raad is bevestigd dat het systeem van het Nederlandse recht met zich brengt dat de schuldeiser zelf zijn rechten uitoefent en het niet aan *diens* schuldeiser is om dat te doen.⁶¹ Het ging daar overigens om gevallen waarin, in een vennootschapsrechtelijke verhouding, de schuldeiser (tevens aandeelhouder) wél de mogelijkheid had om diens debiteur te dwingen tot het instellen van een actie. Het geringe belang van de zijdelingse vordering en het feit dat zij in Nederland en veel andere landen ontbreekt doen Wéry terecht de vraag stellen of zij wel gehandhaafd moet blijven in het Belgische recht.

Praktisch van groter belang is de rechtstreekse vordering van de schuldeiser. In dit geval is het de schuldeiser die rechtstreeks (op grond van een eigen recht) de debiteur van *zijn* debiteur kan aanspreken. Indien A schuldeiser is van B en B schuldeiser is van C, kan A direct C aanspreken tot nakoming van een verbintenis uit de overeenkomst B-C.⁶² Deze directe actie is echter alleen mogelijk als de wet dit uitdrukkelijk mogelijk maakt (bestaat de vordering op grond van de partijafpraak, dan betreft het immers een derdenbeding).⁶³ Naar Belgisch recht is een belangrijk voorbeeld de rechtstreekse actie van degene die bij een verkeersongeval schade heeft geleden: deze benadeelde kan direct de verzekeraar van de dader aanspreken (Art. 12 lid 1 W.A.M.).⁶⁴ Daarnaast kent Artikel 1798 B.B.W. een rechtstreekse vordering van de (bouw)arbeider (die contracteerde met de aannemer) jegens de aanbesteder en kan de lastgever rechtstreeks de persoon die door de lasthebber in zijn plaats is gesteld aanspreken (Art. 1994 lid 2 B.B.W.).

Het Nederlandse recht kent geen algemene leer van de rechtstreekse vordering. Desalniettemin zijn ook in het Nederlandse recht diverse situaties te onderkennen waarin een rechtstreekse vordering is toegelaten, zij het dat deze acties niet altijd met die naam worden aangeduid. In de eerste plaats kent ook de Nederlandse Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (W.A.M.) een 'eigen recht' op schadevergoeding toe aan de benadeelde jegens de verzekeraar (Art. 6). Daarnaast moeten de Artikelen 7:420-421 N.B.W. worden genoemd: in geval van middellijke vertegenwoordiging kan de lastgever soms direct de derde (met wie de lasthebber heeft gecontracteerd) aanspreken en de derde soms direct de lastgever.⁶⁵ Er zijn meer gevallen, waaronder Artikel 12b lid 3 Jachtwet en Artikel 7:17.2.9c ontwerp

⁶⁰ Vgl. WERY, no. 4: 'une représentation sui generis du débiteur négligent' en VAN GERVEN & COVEMAEKER, *o.c.*, p. 152.

⁶¹ Zie DU PERRON, *o.c.*, no. 126, alwaar verwijzing naar onder meer HR 2 december 1994, *N.J.* 1995, 288 (*Poot/ABP*). Zie ook HR 15 juni 2001, *N.J.* 2001, 573 (*Chipshol BV/X*).

⁶² Vgl. WERY, no. 20 en VAN GERVEN & COVEMAEKER, *o.c.*, p. 149.

⁶³ Vgl. WERY, no. 22.

⁶⁴ Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

⁶⁵ Zie hierover DU PERRON, *o.c.*, no. 62 v., D. BUSCH, *Middellijke vertegenwoordiging in het Europese contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, pp. 52 v. en de soortgelijke Artikelen 3:302-303 PECL.

B.W., dat onder bepaalde omstandigheden de benadeelde eveneens een directe actie jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar geeft.⁶⁶

Een belangrijke vraag is of dit soort directe acties van een benadeelde jegens een ander dan zijn directe contractspartij niet ook mogelijk moet zijn in niet door de wet geregelde gevallen. Vranken⁶⁷ noemt het geval van de zgn. geschakelde overeenkomsten. Indien bijvoorbeeld een franchisegever met verschillende franchise-nemers identieke contracten sluit, krijgen de franchisenemers daarmee onderling een zodanig gemeenschappelijk belang dat dit kan rechtvaardigen dat een van hen direct een andere franchisenemer aanspreekt indien de laatste dat gemeenschappelijk belang schaadt. Iets dergelijks is ook voorstelbaar in geval van een huurder die rechtstreeks zijn overlast veroorzakende medehuurder moet kunnen aanspreken. Bij dit soort samenhangende rechtsverhoudingen (zie ook *onder*) zijn directe acties een belangrijk instrument voor de contractant, met name indien de weg van de onrechtmatige daad geen soelaas biedt. Het stelt teleur dat juist dit soort vragen, die zich in heel Europa voordoen, in de PECL niet worden behandeld: een *soft law*-instrument als de PECL kan hier nieuwe wegen wijzen aan nationale rechters en doctrine.

5.3. *Kwalitatieve verbintenissen*

Zowel Belgisch als Nederlands recht erkennen de kwalitatieve verbintenis, maar de mate waarin verschilt aanzienlijk. Naar Nederlands recht geldt dat een kwalitatief recht een recht is uit een overeenkomst dat in zodanig verband staat met een bepaald goed dat slechts de rechthebbende er belang bij heeft: dat recht gaat automatisch over op degene die het goed onder bijzondere titel verkrijgt. In geval van een kwalitatieve plicht gaat niet een recht, maar een *plicht* over op de rechtsverkrijger van een (in dat geval) registergoed. Die plicht kan enkel bestaan uit een dulden of een niet doen ten aanzien van dat registergoed. In het Nederlands B.W. is een systematische regeling van kwalitatief recht en kwalitatieve verplichting neergelegd in respectievelijk Artikel 6:251 en Artikel 6:252.

Naar Belgisch recht is de reikwijdte van de kwalitatieve verbintenis beperkter. Het kwalitatieve recht wordt zeker erkend,⁶⁸ maar wanneer het gaat om het met een zaak mee overgaan van plichten is het Belgisch recht zeer huiverig. Sagaert maakt duidelijk dat een plicht (om te dulden of niet te doen) alleen kan zijn verbonden aan een erfdienstbaarheid, waarmee de kwalitatieve verplichting zoals die in Nederland bestaat in België niet als zodanig wordt erkend. Weliswaar wordt dit verschil door Sagaert gerelativeerd,⁶⁹ maar dat neemt niet weg dat hij pleit voor een overname in België van de Nederlandse kwalitatieve verplichting – zij het onder de noemer van

⁶⁶ Zie ook E.J.H. SCHRAGE, *Partij en derde*, oratie Amsterdam, Vossiuspers 1999 en voor Duits recht I. CORBISIER, 'A la recherche d'une 'action directe' en droit allemand des obligations et des assurances', in: M. FONTAINE & J. GHESTIN (eds.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, Paris, L.G.D.J. 1992, pp. 325 v.

⁶⁷ J.B.M. VRANKEN, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *W.P.N.R.* 6472, 2002, p. 45.

⁶⁸ Zie de bijdrage van SAGAERT aan deze bundel en VAN GERVEN & COVEMAEKER, *o.c.*, p. 136 v.

⁶⁹ SAGAERT, no. 27.

erfdienstbaarheden. Wat daarvan zij, thans wordt in zowel Nederland (geen kwalitatieve verplichting om te *doen*) als België (in het geheel geen kwalitatieve verplichting) het (gebrekkige) kettingbeding gebruikt om een ‘quasi-goederenrechtelijke’⁷⁰ werking van de overeenkomst tot stand te brengen. In rechtsvergelijkend opzicht is het overigens lastig om de kwalitatieve verbintenis een plaats te geven.⁷¹

5.4. *Actio Pauliana*

Ook de actio Pauliana, op het voetspoor van het gerecipieerde Romeinse recht in zowel België als Nederland erkend, is een inbreuk op het autonomiebeginsel. De mogelijkheid voor de schuldeiser om een rechtshandeling van zijn debiteur te vernietigen indien deze hem in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelt, bestaat in beide landen in twee varianten. Naast de gewone actio Pauliana (Art. 3:45-48 N.B.W. en Art. 1167 B.B.W.) kennen beide landen een aparte regeling van de praktisch veel belangrijker faillissementspauliana (Art. 42 e.v. Nederlandse Faillissementswet en Artt. 17 e.v. Belgische Faillissementswet). In haar rechtsvergelijkende bijdrage laat Iris Vervoort overtuigend zien dat ten aanzien van de gewone ‘gemeenrechtelijke’ actio Pauliana de toepassingsvoorwaarden in België en Nederland, ondanks detailverschillen, praktisch niet tot verschillende resultaten leiden, maar dat dit anders is in geval van de faillissementspauliana zoals die wordt ingesteld door de curator.⁷² Op het voetspoor van Ankum voert Vervoort deze verschillen terug op het recht van vóór de grote codificaties.⁷³

Gijs van Dijk laat in zijn bijdrage fraai zien hoe de faillissementspauliana zich verhoudt tot het beginsel dat partijen niet alleen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, maar ook met belangen van derden. In wezen is de actio pauliana een zeer vroege toepassing van dat beginsel, dat in de laatste decennia een hoge vlucht heeft genomen in de Nederlandse doctrine en rechtspraak. Blijkens de rechtspraak inzake bijvoorbeeld bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor het wekken van de schijn van kredietwaardigheid, gaat de zorgplicht die jegens derden in acht moet worden genomen tegenwoordig veel verder dan de actio Pauliana. Dat roept de vraag op wat eigenlijk de toekomst is van die actie. Van Dijk stelt terecht dat een herziening van het recht inzake de actio Pauliana tot meer coherentie leidt binnen het leerstuk van overeenkomst en derden. Dat geldt niet alleen voor Nederlands recht, maar ook voor Belgisch recht.

In Europees opzicht zijn Belgisch en Nederlands recht slechts variaties op een *ius commune*: alle Europese landen kennen de actio pauliana of soortgelijk instituut, maar de precieze voorwaarden (met name die voor de faillissementspauliana) verschillen van land tot land.⁷⁴

⁷⁰ SAGAERT, no. 17.

⁷¹ Vgl. de diverse bijdragen aan STEVEN BARTELS & MICHAEL MILO (eds.), *Contents of Real Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004.

⁷² VERVOORT, no. 34 v.

⁷³ VERVOORT, no. 52 v.

⁷⁴ Zie E.-M. KIENINGER (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 480 v. en pp. 623 v.

5.5. Samenhangende rechtsverhoudingen

In nauwe samenhang met de werking van de overeenkomst jegens derden staat de problematiek van de samenhangende rechtsverhoudingen. Doorgaans gaat het om overeenkomsten die met elkaar verbonden zijn, bijvoorbeeld omdat zij worden gesloten om eenzelfde project te realiseren of omdat de een voortbouwt op de ander. Karakteristiek⁷⁵ is de koopovereenkomst tussen verkoper A en koper B die gepaard gaat met een financieringsovereenkomst tussen koper B en financier C. Indien de overeenkomst A-B wordt ontbonden of vernietigd, is de vraag of de overeenkomst B-C het lot van de overeenkomst A-B moet delen. Luidt het antwoord bevestigend, dan wordt de derde C getroffen door ontbinding of vernietiging van een overeenkomst waar hij zelf geen partij bij is. Verschillende Europese richtlijnen beantwoorden de vraag inderdaad bevestigend in geval van een consumentenovereenkomst.⁷⁶ Maar ook in niet geregelde gevallen heeft de Nederlandse Hoge Raad op het voetspoor van de Duitse hoogste rechter en doctrine aanvaard dat bepaalde overeenkomsten zodanig met elkaar verbonden zijn dat zij elkaars lot moeten delen.⁷⁷ Naar Nederlands recht kan een feitelijke samenwerking bovendien fungeren als grondslag voor het *ontstaan* van gebondenheid: indien personen hun gedrag op elkaar afstemmen, worden zij onder omstandigheden beschouwd *als waren zij* contractspartijen.⁷⁸ Dit type principiële arresten ontbreekt in België, hoewel de problematiek daar zeker ook bekend is.⁷⁹

Net als in de Nederlandse recht wordt ook naar Belgisch recht aanvaard dat de hulppersoon ('uitvoeringsagent') aansprakelijk kan zijn tegenover de opdrachtgever van zijn eigen wederpartij. Dat is in beide landen een aansprakelijkheid gebaseerd op onrechtmatige daad.⁸⁰ Bekend is het voorbeeld van de stuwadoor die een ladingsovername uitvoert van een vervoerder jegens zijn opdrachtgever en daarbij schade toebrengt aan de zaken van de opdrachtgever: de opdrachtgever heeft, in geval van onrechtmatig handelen, een directe actie jegens de stuwadoor. Ignace Claeys⁸¹ zet uiteen dat – onder erkenning van dit algemene principe – naar Belgisch recht echter pas aansprakelijkheid bestaat indien aan specifieke voorwaarden is voldaan⁸² en dat het Hof van Cassatie aldus een 'quasi-immuniteit' van de hulppersoon heeft gecreëerd. Een succesvolle actie jegens de hulppersoon is daarmee niet eenvoudig te realiseren. Naar Nederlands recht is dat gemakkelijker, hetgeen verklaart waarom in Nederland veel meer aandacht bestaat voor de doorwerking

⁷⁵ Zie ook boven, par. 5.2.

⁷⁶ Artikel 11 van Richtlijn 87/102 inzake consumentenkrediet, Artikel 6 lid 4 van Richtlijn 97/7 inzake afstandsovereenkomsten en Artikel 7 van Richtlijn 94/47 inzake timeshare.

⁷⁷ Hoge Raad 23 januari 1998, *N.J.* 1999, 97 (*Jans/FCN*). Zie ook F.W.J. MEIJER, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling', *W.P.N.R.* 6329, 1998, pp. 617 v. en VRANKEN, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *o.c.*, p. 39 v.

⁷⁸ Hoge Raad 29 mei 1998, *N.J.* 1999, 98 (*Mooijman/Netjes*).

⁷⁹ Zie vooral I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2003, no. 495 v.

⁸⁰ Zie voor nuanceverschillen CLAEYS, *o.c.*, no. 529.

⁸¹ CLAEYS, *o.c.*, no. 4-5.

⁸² Zie CLAEYS, *o.c.*, no. 4.

van exoneratiedingen, zodat de hulppersoon zich tegen de opdrachtgever kan verdedigen.⁸³ Herhaald zij dat deze problematiek in de PECL helaas stiefmoederlijk is bedeed.

5.6. *Bindend advies en bindende partijbeslissing*

Katrien Vanderschot bespreekt in haar bijdrage achtereenvolgens het bindend advies (in België meer adequaat ‘bindende derdenbeslissing’ geheten) en de bindende partijbeslissing. Zowel in België als Nederland zijn dit veel voorkomende rechtsfiguren, maar de juridische vormgeving verschilt aanzienlijk. Het meest in het oog springende verschil is dat bindend advies en bindende partijbeslissing in Nederland species zijn van de wettelijk geregelde vaststellingsovereenkomst (Art. 7:900 v. N.B.W.) terwijl een wettelijke regeling in België ontbreekt. Dat heeft in België bijvoorbeeld geleid tot de vraag wat de grondslag is van het bindend advies en zelfs tot de gekunstelde heersende opvatting dat de bindend adviseur vertegenwoordiger is van de contractspartijen, dus in hun naam handelt.⁸⁴ Ten aanzien van de geldigheid van het contractueel beding tot bindend advies of partijbeslissing en de inhoud van het oordeel lopen beide stelsels grotendeels gelijk. In beide landen geldt ook dat het bindend advies (de derdenbeslissing) in strijd kan komen met de redelijkheid en billijkheid en achteraf door de rechter kan worden getoetst. Belgisch en Nederlands recht verschillen echter ten aanzien van de sanctie: naar Belgisch recht zal de derdenbeslissing die de aan de bindend adviseur gegeven bevoegdheid te buiten gaat of die in aperte strijd komt met redelijkheid en billijkheid onverbindend worden verklaard. Artikel 7:904 N.B.W. kent een subtieler sanctie: de beslissing is enkel vernietigbaar en de rechter kan een nieuwe beslissing in de plaats stellen van de vernietigde. Vanderschot bepleit terecht dat ook het Belgische recht een meer genuanceerde sanctie aanvaardt voor de derdenbeslissing.⁸⁵

6. *Afsluitende opmerkingen*

Het is verleidelijk om op grond van het bovenstaande overzicht een algemene conclusie te trekken over de mate waarin Belgisch en Nederlands recht overeenkomen en verschillen. Die conclusie zou dan moeten luiden dat beide rechtssystemen ten aanzien van de meeste behandelde thema’s qua resultaat in hoofdzaak met elkaar overeenkomen (functioneel equivalent zijn), maar op detailpunten en ten aanzien van de weg náar dat resultaat vaak verschillen. Het één noch het ander verbaast.

De beste verklaring voor de functionele equivalentie van het Belgisch en Nederlands recht ligt er in dat van beide landen het privaatrecht lange tijd gebaseerd is geweest op (en in België nog altijd gebaseerd is op) een code naar Frans model. De wens om die code vervolgens aan te passen aan de maatschappelijke realiteit heeft

⁸³ Zie Hoge Raad 7 maart 1969, *N.J.* 1969, 249 (Gegaste uien), Asser-Hartkamp 4-II, *o.c.*, no. 386 v. en voor verschillen tussen Belgisch en Nederlands recht CLAEYS, *o.c.*, no. 534 v.

⁸⁴ VANDERSCHOT, no. 4.

⁸⁵ VANDERSCHOT, no. 18. De sanctionering van de partijbeslissing is reeds subtieler: VANDERSCHOT, no. 30.

in zowel België als Nederland geleid tot soortgelijke ontwikkelingen, in beide landen vooral geïnitieerd door een soms vergaand rechterlijk activisme.⁸⁶

De verschillen tussen Belgisch en Nederlands contractenrecht zijn op minstens twee oorzaken terug te voeren. De eerste is dat met de invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek het Nederlandse recht zich heeft afgekeerd van de Franse rechtstraditie. Daarnaast is de Nederlandse rechter in methodologisch opzicht expliciet vrijmoediger dan zijn Belgische collega. Dat zegt niets over het rechterlijk activisme als zodanig, maar wel iets over de mate waarin de rechter dat activisme expliciet tentoonspreidt.

Dat een groot deel van de verschillen tussen Belgisch en Nederlands contractenrecht wordt veroorzaakt door een inhoudelijk verschillend burgerlijk wetboek, ligt voor de hand. Het Belgische wetboek is gebaseerd op de Code Napoleon, terwijl het Nederlandse veeleer een mengeling is van diverse rechtstradities. Bovendien laat de Belgische rechtsliteratuur zich ook doctrinair veel gelegen liggen aan de Franse doctrine. Daarmee is niet gezegd dat met name de Nederlandse doctrine in de Nederlandstalige Belgische rechtsliteratuur niet belangrijk is. Integendeel: in Vlaanderen wordt uitgebreid aandacht besteed aan wat in het Nederlands recht gebeurt, maar de Franse invloed lijkt, ook in het recente verleden, minstens even belangrijk. Dat blijkt onder meer op de terreinen van beperking van de partijafpraak, simulatie en zijdelingse en rechtstreekse vorderingen: het Belgische recht sluit hier nauw aan bij het Franse recht, terwijl in Nederland op deze punten andere wegen zijn ingeslagen. Een fraai voorbeeld hiervan betreft de beperkende (matigende) werking van redelijkheid en billijkheid. Hoewel de Belgische hoogste rechter de mogelijkheid had om deze *als zodanig* te aanvaarden, koos hij er, geheel op het voetspoor van het Franse recht, in 1983 voor om deze te laten opgaan in de figuur van het rechtsmisbruik. Met de totstandkoming van het nieuw B.W. is het Nederlands privaatrecht daarentegen veel meer geënt op andere landen dan Frankrijk: met name de Duitse en de Anglo-Amerikaanse rechtsleer laten hun invloed gelden.

Een tweede verschil betreft de expliciete van het rechterlijk activisme. Het Nederlands B.W. kent aan de rechter veel vrijheid toe ten opzichte van de tekst van de wet en de rechter maakt daar ook gebruik van, soms zelfs op spectaculaire wijze.⁸⁷ Deze vrijheid is aan de Belgische rechter niet zo expliciet verleend. Hij ontwikkelt het recht meestal in nauwere aansluiting bij de wettekst dan zijn Nederlandse collega. Een goed voorbeeld is de problematiek van de samenhangende rechtsverhoudingen, waar de Duitse en de Nederlandse rechter vrijmoedig nieuwe wegen zijn ingeslagen terwijl de Franse en Belgische rechter dit tot nu toe in veel mindere mate deden.

Deze beide factoren verklaren uiteraard niet alle verschillen tussen Belgisch en Nederlands recht die in dit boek aan de orde komen. Een meer omvattende verklaring vereist een grondiger analyse op het niveau van de thema's zelf. Daartoe wordt

⁸⁶ Zie onder meer Y. MERCHERS, 'De rol van de rechter en van de wetgever in het Belgisch contractenrecht', in: M. STORME et al. (red.), *De rol van de rechter en de wetgever bij de rechtsontwikkeling in België en Nederland*, Leiden, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1995, pp. 75 v. en de bijdragen aan P. WÉRY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, Lacharte, 2004.

⁸⁷ Vgl. HR 28 april 2000, N.J. 2000, 430 (*Van Hese/Schelde Groep*).

verwezen naar de diverse bijdragen aan dit boek. Het is ook in die bijdragen dat de lezer de details vindt die in dit inleidend overzicht noodzakelijkerwijs buiten beschouwing moesten blijven.